

VU Research Portal

Case note: Hoge Raad (Unus testis, nullus testis IV)

Borgers, M.J.

2015

[Link to publication in VU Research Portal](#)

citation for published version (APA)

Borgers, M. J., (2015). *Case note: Hoge Raad (Unus testis, nullus testis IV)*, No. 488, No. ECLI:NL:HR:2015:1817, Jul 07, 2015. (Nederlandse jurisprudentie).

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal ?

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

E-mail address:

vuresearchportal.ub@vu.nl

Annotatie NJ 2015/488 (unus testis, nullus testis IV)

HR 2 december 2014, nr. 13/05796, HR 9 december 2014, nr. 13/04563, HR 16 december 2014, nr. 12/05663, HR 17 februari 2015, nr. 14/01169, HR 19 mei 2015, nr. 13/05460 en HR 7 juli 2015, nr. 14/02622

M.J. Borgers

1. Zes jaar geleden heeft de Hoge Raad een lijn ingezet waarin aan de bewijsminimumregel van artikel 342 lid 2 Sv meer betekenis is toegekend dan in de daarvoor geldende rechtspraak (zie HR 30 juni 2009, ECLI:NL:HR:2009:BH3704, *NJ* 2009/495 en HR 30 juni 2009, ECLI:NL:HR:2009:BG7746, *NJ* 2009/496 m.nt. M.J. Borgers). Sindsdien vindt er veel discussie plaats over de vraag wat de bewijsminimumregel precies behelst. De beantwoording van die vraag blijkt bepaald geen eenvoudige onderneming te zijn. De Hoge Raad hanteert in zijn rechtspraak een algemene overweging die sinds HR 26 januari 2010, ECLI:NL:HR:2010:BK2094, *NJ* 2010/512 in steeds (vrijwel) dezelfde vorm terugkeert. In bijvoorbeeld *NJ* 2015/484 betreft dat rov. 2.3. Daarbuiten kleedt de Hoge Raad zijn oordeel omtrent de voorliggende zaak tamelijk summier in. Meer dan een fingerwijzing waarom de vereiste voldoende steun aanwezig is, wordt er veelal niet gegeven. Aan de hand van enkele recente zaken wil ik daarom ingaan op de algemene overweging, teneinde te bezien of meer inzicht kan worden gekregen in de betekenis van de bewijsminimumregel van artikel 342 lid 2 Sv en de daarop betrekking hebben jurisprudentie.

2. De algemene overweging vangt aan met een vrij letterlijke weergave van de inhoud van artikel 342 lid 2 Sv, met de toevoeging dat deze bepaling de tenlastelegging in haar geheel betreft en niet een onderdeel daarvan. De Hoge Raad vervolgt met de zinsnede dat artikel 342 lid 2 Sv ‘strekt ter waarborging van de deugdelijkheid van de bewijsbeslissing’. Inderdaad, de bewijsminimumregel heeft een waarborgfunctie. De aanwezigheid van twee bewijsgronden is geen harde garantie voor een juist bewijsoordeel, maar de bewijsminimumregel zou er blijkens de wetsgeschiedenis wel aan moeten bijdragen dat geen onschuldige personen worden veroordeeld (vgl. *Kamerstukken II* 1917/18, 77, nr. 1, p. 61). De vraag kan worden opgeworpen wat onder ‘de deugdelijkheid van de bewijsbeslissing’ moet worden verstaan. Is dat – nu artikel 342 lid 2 Sv in verband is gebracht met het voorkomen van het veroordelen van onschuldigen – hetzelfde als de betrouwbaarheid van het bewijs, dat wil zeggen: de waarheidsgetrouwheid van hetgeen door de rechter op basis van de getuigenverklaring en het steunbewijs bewezen wordt verklaard?

In de benadering van de Hoge Raad lijkt de deugdelijkheid van de bewijsbeslissing een specifieke en beperkte betekenis te hebben. Immers, blijkens het vervolg op de zojuist geciteerde zinsnede gaat het om het waarborgen van de deugdelijkheid van de bewijsbeslissing ‘in die zin dat zij de rechter verbiedt tot een bewezenverklaring te komen ingeval de door één getuige gereleveerde feiten en omstandigheden op zichzelf staan en onvoldoende steun vinden in ander bewijsmateriaal’. Wellicht moet men hetgeen de Hoge Raad hier overweegt, vrij letterlijk nemen. De bewijsbeslissing is ondeugdelijk als de door de getuige genoemde feiten en omstandigheden op zichzelf staan, hoe betrouwbaar de verklaring van die getuige ook mag voorkomen. Eerst wanneer ook een andere bewijsgrond – op onderdelen –

melding maakt van die feiten en omstandigheden, kan de bewijsbeslissing deugdelijk zijn. Weliswaar noemt de Hoge Raad daarbij een criterium voor de relatie tussen de getuigenverklaring en het andere bewijsmateriaal, namelijk het vereiste van voldoende steun, maar dat vereiste verhindert niet dat de Hoge Raad in sommige zaken genoeg neemt met steunbewijs dat – in het licht van het ten laste gelegde feit – op een tamelijk ondergeschikte onderdeel van de verklaring van de getuige ziet. Rozemond spreekt in dit verband van ‘een minimumwaarborg voor de deugdelijkheid’ van het bewijs (onderdeel 4 van zijn noot onder HR 10 juni 2014, ECLI:NL:HR:2014:1354, NJ 2014/329).

Zo bezien kan worden gezegd dat door het stellen van de eis van voldoende steun de foutmarge – de kans dat de verklaring van de getuige niet waarheidsgetrouw is – in enigerlei mate wordt verkleind. Maar dat is iets anders dan het stellen van de eis dat het bewijsmateriaal dat naast de verklaring van de getuige voor het bewijs wordt gebezigd, van zodanige aard en kwaliteit moet zijn dat die foutmarge sterk wordt gereduceerd of zelfs tot nihil wordt teruggebracht. Dat is misschien teleurstellend. Wat blijft er met deze minimale invulling over van de waarborgfunctie van de bewijsminimumregel?

3. Als reden voor de betrekkelijk zuinige invulling van de bewijsminimumregel wordt genoemd dat bepaalde strafbare feiten zich vrijwel steeds voordoen in een besloten sfeer, zodat er vaak ten aanzien van de gedraging van de verdachte niet veel meer aan bewijsmateriaal aanwezig is dan de verklaring van de getuige. Bij een strenge toepassing van de bewijsminimumregel zou een veroordeling op voorhand onmogelijk worden gemaakt, met alle consequenties van dien voor de positie van slachtoffers (vgl. bijvoorbeeld Aben, *Expertise en Recht* 2014, p. 86). Daarmee wordt niet betoogd dat men in dergelijke gevallen maar moet accepteren dat er een gerede kans bestaat dat de bewezenverklaring onjuist is. Het gaat er veeleer om dat het de rechter niet op voorhand wordt verboden om de bewezenverklaring in essentie op de verklaring van één getuige aan te nemen. Niet méér, maar ook niet minder. Dat sluit niet uit dat er wel degelijk debat kan ontstaan omtrent de betrouwbaarheid van die verklaring. Maar dat debat wordt in zekere zin losgekoppeld van de bewijsminimumregel.

Langs deze lijn kan de verklaring voor de huidige invulling van artikel 342 lid 2 Sv wellicht nog een laag dieper worden gezocht. Het loskoppelen van de bewijsminimumregel van de betrouwbaarheid van het bewijs komt contra-intuïtief voor, juist als die regel een bijdrage zou moeten leveren aan het voorkomen van de veroordeling van onschuldigen. Tegelijkertijd moet worden vastgesteld dat we eigenlijk niet weten hoe nu precies de betrouwbaarheid van de verklaring van een getuige moet worden vastgesteld. Natuurlijk, dankzij de resultaten van rechtspsychologisch onderzoek en ook de inzichten uit andere wetenschapsgebieden is er veel kennis omtrent de valkuilen en de risico's die zijn verbonden aan het gebruik van getuigenverklaringen als informatiebron. De dissertatie van Dubelaar biedt op dit punt een fraai overzicht. Zij beschrijft uitvoerig allerlei gevaren en kwade kansen, maar constateert tegelijkertijd dat getuigenverklaringen onmisbaar zijn als bron van kennisverwerving (*Betrouwbaar getuigenbewijs*, Deventer: Kluwer 2014, p. 402). Dat is de crux: we kennen de gevaren van het gebruik van getuigenverklaringen, maar er is ook weer geen reden om dat gebruik integraal van de hand te wijzen. Onder welke condities nu het gebruik van een getuigenverklaring verantwoord kan worden geacht, laat zich echter moeilijk omschrijven. Vanuit de rechtspsychologie en andere disciplines worden vooral negatieve indicaties aangereikt, maar in veel mindere mate positieve indicaties. Anders en enigszins simplistisch gezegd: er ontbreekt een routeboekje, waarin keurig alle stappen worden vermeld die moeten worden gezet om tot een eenduidig en onbetwistbaar oordeel te komen of de getuige al dan niet de waarheid

heeft gesproken. Durven we dan nog artikel 342 lid 2 Sv te positioneren als een voorschrift dat er gegarandeerd aan bijdraagt dat geen onschuldigen worden veroordeeld? Is de rechter wel in staat om voor te schrijven hoe de bewijsminimumregel moet worden toegepast om het doel te bereiken dat schuldigen worden veroordeeld en onschuldigen worden vrijgesproken?

Nu moet men ook niet naar de andere kant doorschieten. Het zou overdreven zijn om te pone- ren dat de bewijsminimumregel niets van doen heeft met de betrouwbaarheid van bewijs. De eis dat er een tweede bewijsgrond moet zijn die voldoende steun geeft aan de getuigenverklaring, kan worden opgevat als een regel die de rechter dwingt om op enigerlei wijze de juistheid van de verklaring van de getuige te controleren. Juist door eisen te stellen aan de bewijsconstructie (namelijk dat de bewezen- verklaring niet uitsluitend mag worden aangenomen op grond van één getuigenverklaring), wordt be- oogd tot op zekere hoogte een mouw te passen aan het probleem dat het gebruik van getuigenverkla- ringen niet zonder risico's is. Tegelijkertijd omvat de bewijsminimumregel geen volledige betrouwbaar- heidstoets ten aanzien van de getuigenverklaring. Het is in die zin een echte *minimum*regel. Artikel 342 lid 2 Sv schrijft voor dat controle moet plaatsvinden, zonder aan te geven hoe die moet geschieden. De bewijsminimumregel is in de kern een instructienorm. In de eerste plaats werpt de bewijsminimumregel zijn schaduw vooruit in het opsporingsonderzoek. Omdat de bewezenverklaring niet uitsluitend op de verklaring van een getuige kan worden aangenomen, ligt in artikel 342 lid 2 Sv de opdracht besloten om – zo veel mogelijk – aanvullend, of wellicht beter gezegd: ander, bewijsmateriaal te verzamelen. De be- wijsminimumregel draagt vervolgens aan de feitenrechter op om zijn oordeel niet te vestigen op uitslui- tend de verklaring van één getuige, maar om de betrouwbaarheid en de bruikbaarheid van de belasten- de verklaring van de getuige in samenhang met ander bewijsmateriaal vast te stellen. En wat is dan, ten derde, de betekenis van artikel 342 lid 2 Sv voor de beoordeling door de Hoge Raad? De Hoge Raad kan en moet in ieder geval nagaan of de feitenrechter zich aan de opdracht heeft gehouden en dus of de bewezenverklaring mede op ander bewijsmateriaal dan de verklaring van de getuige berust. Maar daar- na wordt het lastig, omdat het zich nauwelijks in algemene regels laat vangen wanneer een tweede be- wijsgrond daadwerkelijk bijdraagt aan de vaststelling van de betrouwbaarheid van de getuigenverkla- ring. Daarin lijkt de verklaring te kunnen worden gevonden waarom de Hoge Raad geen hoge eisen lijkt te stellen aan het steunbewijs. Een strenge handhaving van de bewijsminimumregel zou tot schijnzeker- heid kunnen leiden.

4. Beschouwt men artikel 342 lid 2 Sv als een instructienorm die zich maar lastig laat vertalen in een gedetailleerde set subregels, dan is het vervolg van de algemene overweging van de Hoge Raad nauwe- lijks verrassend te noemen: 'De vraag of aan het bewijsminimum van art. 342, tweede lid, Sv is voldaan, laat zich niet in algemene zin beantwoorden, maar vergt een beoordeling van het concrete geval.' De consequentie daarvan ligt ook voor de hand: 'De Hoge Raad kan daarom geen algemene regels geven over de toepassing van art. 342, tweede lid, Sv, maar daaromtrent slechts tot op zekere hoogte duide- lijkheid verschaffen door het beslissen van concrete gevallen.' De vraag is dan wel wat het (tot op zekere hoogte) duidelijkheid verschaffen door het beslissen van concrete gevallen behelst. Moet men dat heel letterlijk nemen, in die zin dat er alleen over het concrete geval duidelijkheid wordt verschaft door te oordelen of in die zaak de bewijsminimumregel correct (althans niet onjuist of onbegrijpelijk) is toege- past? Of ligt er een zekere verwachting – of wellicht zelfs ambitie – in besloten, in de zin dat op een ge-

geven moment het mogelijk zal (moeten) zijn om aan de hand van al die oordelen in individuele zaken bepaalde lijnen zichtbaar te maken?

Leest men de algemene overweging letterlijk, dan kan men die verwachting of ambitie er niet uit halen. Er staat immers dat door het beslissen van concrete gevallen duidelijkheid wordt verschaft – en dan ook nog maar tot op zekere hoogte – over de toepassing van artikel 342 lid 2 Sv. Die duidelijkheid houdt dan in dat de Hoge Raad in concrete gevallen oordeelt of de bewijsbeslissing van de feitenrechter erop (begrijpelijk) of eronder (onbegrijpelijk) is. Dat vergt een beoordeling van de inkleding van het bewijsoordeel door de feitenrechter en kan ook een – impliciete – toets omvatten van de (overtuigings)kracht van die beslissing in het licht van het dossier, maar dat behoeft en pleegt ook niet uit te monden in een uitvoerig gemotiveerd oordeel van de Hoge Raad. Alsdan is het lastig om de uitspraken van de Hoge Raad omtrent de toepassing van artikel 342 lid 2 Sv te generaliseren.

5. Nu is het jurist eigen om ook – of: juist – in situaties waarin beslissingen in sterke mate verweven zijn met en dus leunen op de feiten en omstandigheden van het geval, op zoek te gaan naar houvast. Dat kan vorm krijgen door gebruik te maken van gevalsvergelijking en door het zoeken naar patronen, gezichtspunten en vuistregels. Zo heeft Rozemond in onderdeel 5 van zijn noot onder *NJ* 2014/329 vier voorbeelden genoemd van vuistregels die in de rechtspraak van de Hoge Raad kunnen worden ontwaard. Wat daarbij in het oog springt, is dat ‘negatieve’ vuistregels – dat wil zeggen: het aanmerken van bepaalde omstandigheden als *niet* toereikend om te voldoen aan het voorschrift van artikel 342 lid 2 Sv – zich eenvoudiger laten vaststellen en scherper laten formuleren dan ‘positieve’ vuistregels. Voorbeelden van die ‘negatieve’ vuistregels zijn de (door Rozemond genoemde) vuistregels dat een verklaring betreffende de betrouwbaarheid – dan kennelijk bedoeld in de zin van de geloofwaardigheid – van een getuige niet voldoende steun biedt en dat een bewijsmiddel waarin een verklaring van een andere getuige wordt herhaald, niet voldoende steun biedt. Die laatste vuistregel herkent men in het arrest *NJ* 2015/489. De bewezenverklaring in die zaak berust hoofdzakelijk op de verklaringen die de aangeefster circa twaalf jaar na de beweerdelijke ontuchtige handelingen heeft gedaan. Er zijn daarnaast andere bewijsmiddelen gebezigd waarin het gerechtshof de vereiste voldoende steun heeft gevonden, maar de Hoge Raad haalt een streep door dat oordeel. Ten aanzien van de verklaring van de grootmoeder van de aangeefster wijst de Hoge Raad erop dat deze uitsluitend is gebaseerd op hetgeen de aangeefster heeft verteld aan haar overgrootmoeder (die vervolgens weer haar dochter, de grootmoeder, heeft geïnformeerd). Ten aanzien van een aantekening omtrent eventueel seksueel misbruik in het patiëntendossier van de huisarts merkt de Hoge Raad op dat blijkens de verklaring van die huisarts die aantekening berust op een melding door ‘mogelijk’ de oma van de aangeefster. Het steunbewijs betreft daarmee uitsluitend (middellijke) herhalingen van de verklaring van de aangeefster. In het oog moet overigens worden gehouden dat het bereik van ‘negatieve’ vuistregels zoals hier besproken, tamelijk smal is. Het gaat telkens om het aanduiden van omstandigheden die *op zichzelf* genomen niet toereikend zijn om de voldoende steun aan te nemen. Dat sluit niet uit die omstandigheden in samenhang met andere factoren wel een rol kunnen spelen bij het aannemen van de voldoende steun.

6. Het is minder eenvoudig om ‘positieve’ vuistregels te formuleren, dat wil zeggen: het aanduiden van omstandigheden die in de regel wel voldoende steun opleveren. Onmogelijk lijkt dat echter niet. Illustratief is het gebruik van waarnemingen omtrent emoties, gedragskenmerken of de fysieke toestand van

de getuige. Wanneer men de rechtspraak van de Hoge Raad ordent, lijken dergelijke waarnemingen in het algemeen niet toereikend als steunbewijs (zie bijvoorbeeld reeds HR 13 september 2005, ECLI:NL:HR:2005:AT5721 en HR 20 mei 2008, ECLI:NL:HR:2008:BC7413), maar dat kan anders liggen wanneer het gaat om waarnemingen ten aanzien van de emotionele of fysieke toestand van de getuige op het moment dat het strafbare feit plaatsvindt of vlak daarna (zie de rechtspraakanalyse in onderdelen 1 en 2 van de noot van Rozemond in *NJ* 2014/329; vgl. ook onderdeel 4 van de noot van Reijntjes onder HR 12 februari 2013, ECLI:NL:HR:2013:BZ1890, *NJ* 2013/329). Ook in enkele van de hier geannoteerde arresten zou men – mede – de toepassing van de vuistregel kunnen ontwaren dat verklaringen over de psychische en/of fysieke gesteldheid van het slachtoffer ten tijde van of vlak na het strafbare feit, voldoende steun kunnen opleveren.

In *NJ* 2015/484, waarin mishandeling bewezen is verklaard, wordt het steunbewijs gevonden in een verslag waarin is opgenomen dat op de dag van de mishandeling de aangeefster strompelend binnen komt lopen, alsmede een verslag – naar het zich laat aanzien van de huisarts – waarin melding wordt gemaakt van drukpijn naast de wervelkolom, dat is gedateerd vier dagen na het feit. A-G Spronken acht deze bewijsmiddelen ontoereikend voor het aannemen van voldoende steun, met name omdat niet duidelijk is wie de in het eerstgenoemde verslag genoemde waarneming heeft gedaan en omdat niet blijkt of het constateren van de drukpijn berust op zelfstandig onderzoek door de arts. De Hoge Raad lijkt daarin geen beletsel te zien, wellicht omdat – voor zover ik kan overzien – door de verdachte niet in twijfel is getrokken – in de vorm van een nadrukkelijke betwisting of het doen van verzoeken voor nader onderzoek of het (nader) horen als getuige – dat deze vaststellingen zelfstandig door de opstellers van de verslagen zijn gedaan.

NJ 2015/485 betreft een veroordeling ter zake van een bedreiging tijdens een telefoongesprek. Het gerechtshof oordeelt dat de verklaring van de aangeefster in voldoende mate steun vindt in de verklaring van haar moeder, die aangeeft dat op een gegeven moment haar dochter twee keer is gebeld door de verdachte en dat zij bij het tweede gesprek de stem van de verdachte heeft waargenomen. Ook verklaart de moeder dat haar dochter van het eerste gesprek schrok en ging huilen. De Hoge Raad laat de veroordeling, mede gelet op deze motivering van het gerechtshof, in stand. Aldus lijkt hier de emotionele reactie van de aangeefster onderdeel van het steunbewijs te hebben gevormd, al is het lastig om aan te geven hoeveel gewicht de waarneming van die emotionele reactie in de schaal legt. A-G Bleichrodt wijst erop dat uit de verklaring van de moeder ook blijkt – al heeft het gerechtshof, anders dan de rechtbank, dat deel van de verklaring niet voor het bewijs gebezigd – dat de verdachte tijdens het tweede gesprek de aangeefster ervan heeft beschuldigd dat zij hun kind zou hebben ontvoerd en ook heeft opgemerkt dat de aangeefster zich niet veilig moet wanen. Die omstandigheid lijkt hier moeilijk te kunnen worden weggedacht bij de beoordeling en de waardering van de door het hof gebruikte bewijsconstructie.

In *NJ* 2015/488 gaat het om twee gevallen van ontucht. Bij de beoordeling van het steunbewijs wijst de Hoge Raad er onder andere op dat de verklaring van één van de aangeefsters over het aanraken van haar lichaam door de verdachte – haar vader – en haar angst om alleen met hem thuis te zijn steun vindt in de verklaring van haar moeder over het feit dat deze aangeefster ergens anders ging zitten als de verdachte naast haar kwam zitten en dat zij het vervelend vond wanneer dat gebeurde. Het gaat hier dus om een waarneming van gedrag in de periode waarin het bewezenverklaarde feit heeft plaatsgevonden, die wordt meegewogen bij de beoordeling of aan de bewijsminimumregel wordt voldaan.

Tegenover de ‘positieve’ vuistregel dat verklaringen over de psychische en/of fysieke gesteldheid van het slachtoffer ten tijde van of vlak na het strafbare feit, voldoende steun kunnen opleveren, zou men als ‘negatieve’ vuistregel kunnen stellen dat waarnemingen van emoties en gedragsveranderingen die enige tijd na afloop van het strafbare feit – bijvoorbeeld bij het vertellen over hetgeen men heeft meegemaakt tegenover de politie of anderen – worden gedaan, niet de vereiste voldoende steun opleveren (vgl. bijvoorbeeld HR 13 juli 2010, ECLI:NL:HR:2010:BM2452, *NJ* 2010/515 m.nt. M.J. Borgers en HR 28 oktober 2014, ECLI:NL:HR:2014:3052). Wel moet men bedenken dat het hier echt gaat om vuistregels, dat wil zeggen: globale regels die in veel, maar zeker niet in alle gevallen richtinggevend zijn. Aan deze vuistregels lijkt de gedachte ten grondslag te liggen dat het tonen van emoties of het vertonen van bepaalde gedragskenmerken tijdens of kort na afloop van het strafbare feit de verklaring van het slachtoffer (meer) geloofwaardig maken, terwijl wanneer er reeds enige tijd is verstreken het risico groter is dat emoties niet oprecht zijn of dat gedragsveranderingen door anderen als bijzonder worden ervaren juist omdat men kennis heeft gekregen van het relaas van het (beweerdelijke) slachtoffer. Die gedachte lijkt vooral intuïtief van aard te zijn en niet onmiddellijk te berusten op een stevige empirische grondslag in wetenschappelijke zin.

7. Als vuistregel is ook wel genoemd dat de bevestiging van de ‘concrete context’ van het misdrijf voldoende steun biedt (zie onderdeel 5 van de noot van Rozemond onder *NJ* 2014/329). Het gaat er dan om dat bepaalde onderdelen van de verklaring van de getuige die niet rechtstreeks zien op het begaan van het strafbare feit door de verdachte, maar die wel van doen hebben met de context waarin het strafbare feit heeft plaatsgevonden, bevestiging vinden in een andere bron (zie onderdeel 6.10 van de conclusie van A-G Knigge voor HR 12 februari 2013, ECLI:NL:HR:2013:BZ1890, *NJ* 2013/329 m.nt. J.M. Reijntjes). Een voorbeeld daarvan betreft de verklaring van de verdachte dat hij op de aangeefster heeft gepast en dat zich in een bepaalde slaapkamer pornoboekjes bevonden, in een zaak waarin de aangeefster had verklaard dat zij door de verdachte was misbruikt tijdens het oppassen, dat het misbruik in de desbetreffende slaapkamer had plaatsgevonden en dat bij het misbruik de genoemde pornoboekjes ook een rol speelde. Naar het oordeel van de Hoge Raad kan niet worden gezegd dat de aangifte onvoldoende steun vindt in het overige bewijsmateriaal, ‘in het bijzonder gelet op de verklaring van de verdachte over het oppassen’ (HR 10 juni 2014, ECLI:NL:HR:2014:1354, *NJ* 2014/329 m.nt. N. Rozemond).

De vraag rijst of hier van een vuistregel kan worden gesproken. Gaat het wel om een (globale) regel die in voldoende mate sturend is voor het oordeel omtrent de toepassing van artikel 342 lid 2 Sv in een concreet geval? Is daarvoor duidelijk genoeg wat de ‘concrete context’ van het misdrijf omvat? En als dat zo is, hoe zou deze vuistregel kunnen worden verklaard vanuit de gedachte dat artikel 342 lid 2 Sv weliswaar geen volledige betrouwbaarheidstoets omvat, maar wel een minimumwaarborg beoogt te zijn voor de juistheid van het bewijsoordeel? Om bij het zojuist gegeven voorbeeld te blijven: in deze zaak zou de verklaring van de verdachte ook op een andere manier kunnen worden benaderd. De verdachte heeft namelijk aangegeven dat hij als oom van de aangeefster regelmatig heeft opgepast. Daardoor is hij ook regelmatig in het huis van zijn zus aanwezig geweest, hetgeen zou kunnen verklaren dat hij ervan weet heeft dat zich in de slaapkamer pornoboekjes bevonden. Het oppassen noch het weet hebben van de boekjes hoeft dan iets te maken te hebben met seksueel misbruik. Dat die koppeling in deze zaak toch wordt gemaakt, lijkt er vooral mee van doen te hebben dat de door de verdachte genoemde elementen in samenhang met andere feiten en omstandigheden zodanig kleur krijgen dat de

verklaring van de verdachte omtrent het oppassen als steunbewijs kan fungeren. Ik verwijs hier naar de conclusie van A-G Vegter, waarin hij de verklaringen van de aangeefster en van de verdachte in verband brengt met verklaringen van personen aan wie de aangeefster haar verhaal over het misbruik heeft gedaan en de dagboek aantekeningen die de aangeefster heeft gemaakt. Die benadering kan holistisch worden genoemd: onderdelen uit verklaringen die op zichzelf genomen niet toereikend zijn om voldoende steun op te leveren, kunnen dat in samenhang met andere feiten en omstandigheden wel zijn (zo ook Rozemond in onderdeel 4 van zijn noot onder *NJ* 2014/329). Die holistische benadering zou men niet moeten vertalen in de vuistregel dat de bevestiging van de 'concrete context' van het misdrijf voldoende steun biedt. Want dan kan het misverstand ontstaan dat de bevestiging van bepaalde onderdelen van de verklaring van de getuige die niet zien op het delict zelf, maar op de omstandigheden waaronder het delict heeft plaatsgevonden, op zichzelf toereikend is. De kern van een holistische benadering is echter nu juist dat het gewicht van bepaalde omstandigheden eerst en alleen kan worden bepaald in het licht van alle feiten en omstandigheden van het geval.

8. Mogelijk zouden er nog andere vuistregels kunnen worden geformuleerd. Gedacht zou dan kunnen worden aan de vuistregel dat aan schakelbewijs de vereiste voldoende steun kan worden ontleend. Illustratief is hier de zaak *NJ* 2015/487. Voor één van de ten laste gelegde gevallen van oplichting (incident 14) zijn alleen twee verklaringen van de aangever beschikbaar. De vereiste voldoende steun heeft het gerechtshof, althans zo duidt de Hoge Raad diens oordeel, ontleend aan het gegeven dat de feitelijke gang van zaken ten aanzien van dit feit op essentiële punten overeenkomsten vertoont met de feitelijke gang van zaken ten aanzien van de andere ten laste gelegde (en bewezenverklaarde) gevallen van oplichting (incidenten 1, 2 en 3). Ten aanzien van die andere gevallen zijn naast de verklaringen van de aangevers ook verklaringen van de verdachte beschikbaar van de strekking dat hij een proefrit heeft gemaakt op de aan de desbetreffende aangevers toebehorende fietsen. Ook in de zaak *NJ* 2015/488 lijkt de voldoende steun mede te zijn ontleend aan schakelbewijs, nu daarin gewicht is toegekend aan het feit dat de verklaringen van de aangeefsters elkaar over en weer ondersteunen wat betreft de aard van de ontuchtige handelingen en de wijze waarop die hebben plaatsgevonden. In eerdere rechtspraak ziet men – expliciet of impliciet – vergelijkbare redeneringen (zie bijvoorbeeld HR 26 april 2011, ECLI:NL:HR:2011:BP9336). Strikt genomen ziet de voldoende steun in deze gevallen niet, althans niet rechtstreeks, op hetgeen de getuige heeft verklaard omtrent de door hem of haar waargenomen feiten en omstandigheden. Er wordt immers geleund op verklaringen over andere, zij het soortgelijke, strafbare feiten. Veeleer bestaat de voldoende steun dan uit een waarschijnlijkheidsredenering: gegeven de overkomsten op bepaalde onderdelen kan het niet anders zijn dan dat het strafbare feit waarover deze aangever heeft verklaard, heeft plaatsgevonden en ook door dezelfde verdachte is begaan. De kracht van de voldoende steun valt hier samen met de kracht van het schakelbewijs (zie over de schakelbewijsconstructie uitvoerig en met verdere verwijzingen De Wilde, *DD* 2009, p. 563-588). Anders gezegd: eerst na waardering van de kracht van de schakelbewijsconstructie in het concrete geval kan worden gezegd of de voldoende steun aan die constructie kan worden ontleend. Zo bezien is het niet onjuist om als vuistregel te hanteren dat aan schakelbewijs de vereiste voldoende steun kan worden ontleend, maar die vuistregel is op zichzelf maar beperkt richtinggevend bij de beantwoording van de vraag of voldoende steun aanwezig is.

Een ander voorbeeld van een waarschijnlijkheidsredenering die mogelijk van belang kan zijn bij het aannemen van voldoende steun, komt aan de orde in *NJ* 2015/486. In deze zaak staat niet artikel 342 lid 2 Sv, maar het ondervragingsrecht van artikel 6 EVRM centraal (zie nader De Wilde, *Stille getuigen*, Deventer: Wolters Kluwer 2015, p. 500-502). De bewijsconstructie die aan de orde komt in dit arrest, is echter ook interessant in relatie tot de bewijsminimumregel. Die bewijsconstructie bestaat, schematisch weergegeven, uit vier onderdelen. Allereerst is er de aangifte ter zake van een poging tot overval. Ten tweede zijn er peilgegevens op grond waarvan kan worden vastgesteld dat het telefoontoestel dat de dag na de (mislukte) overval bij de verdachte is aangetroffen, zich op het moment van de overval vlakbij de plaats van het delict heeft bevonden. Ten derde is er een verklaring van een – niet ondervraagde – getuige die aangeeft dat de verdachte hem heeft verteld dat hij getracht heeft iemand te overvallen, waarbij de verdachte enige details heeft vermeld omtrent de locatie die aansluiten bij de aangifte. Tot slot worden de ontkennende verklaringen van de verdachte – aanvankelijk dat hij nooit in het desbetreffende stadsdeel is geweest (en zijn telefoon nimmer heeft uitgeleend), daarna dat hij zijn telefoon had uitgeleend ten tijde van het delict – door het gerechtshof als kennelijk leugenachtig aangemerkt. In cassatie komt de klacht aan de orde dat de verklaring van de niet ondervraagde getuige niet voor het bewijs mag worden gebezigd, omdat de bewezenverklaring in beslissende mate op deze verklaring berust. De Hoge Raad overweegt dat het oordeel van het gerechtshof dat de betrokkenheid van de verdachte bij het ten laste gelegde feit in beslissende mate steun vindt in andere bewijsmiddelen, niet onbegrijpelijk is. Daarbij wijst de Hoge Raad ook op de – niet in cassatie bestreden – vaststelling van het gerechtshof dat de verdachte kennelijk leugenachtig heeft verklaard met de bedoeling de waarheid te bemantelen dat hij de poging tot overval heeft begaan.

De eis van voldoende steun van artikel 342 lid 2 Sv kan niet geheel op één lijn worden gesteld met het vereiste van steunbewijs in relatie tot het ondervragingsrecht (zie daarover uitvoerig De Wilde 2015, p. 137-142). Niettemin kan de vraag worden opgeworpen of een kennelijk leugenachtige verklaring van de verdachte ook een rol kan spelen bij het aannemen van voldoende steun. Zelf zou ik daarbij liever niet spreken van het hanteren – als bewijsmiddel – van een leugenachtige verklaring met de bedoeling de waarheid te bemantelen. Met de constatering dat iemand over een bepaald feit liegt, staat nog niet vast met welke bedoeling dat is geschied. Veeleer gaat het erom dat de verdachte geen aanmerkelijke ontlastende verklaring geeft voor bepaalde belastende omstandigheden. De bewezenverklaring kan dan juist op die belastende omstandigheden worden gebaseerd (althans op de bewijsmiddelen waaruit de omstandigheden blijken) vanwege het uitblijven van een geloofwaardige verklaring. Ook dan gaat het in de kern om een waarschijnlijkheidsredenering: gegeven het uitblijven van een geloofwaardige verklaring omtrent een bepaalde omstandigheid kan het niet anders zijn dan dat uit de beschikbare bewijsmiddelen volgt dat de verdachte het ten laste gelegde feit heeft begaan. In eerdere rechtspraak omtrent artikel 342 lid 2 Sv is het – impliciet – hanteren van zo'n redenering ook herkenbaar (zie bijvoorbeeld HR 4 januari 2011, ECLI:NL:HR:2011:BO4493, *NJ* 2011, 37; vgl. ook onderdeel 5.7 van de conclusie van A-G Knigge voor HR 20 maart 2012, ECLI:NL:HR:2012:BV9339). Een aanduiding als vuistregel lijkt hier niet aan de orde. Niet gezegd kan immers worden dat de combinatie van een getuigenverklaring met een ongeloofwaardige verklaring van de verdachte op zichzelf toereikend is voor het aannemen van voldoende steun. Het komt aan op de concrete feiten en omstandigheden van het geval of het antwoord is de hier besproken waarschijnlijkheidsredenering in te zetten. Wel zal veelal het bewijsmateriaal aan de hand waarvan de ongeloofwaardigheid van de verklaring van de verdachte wordt vastge-

steld, (mede) het bewijsmateriaal zijn waaraan de vereiste voldoende steun kan worden ontleend (vgl. de rol van de peilgegevens in de zaak *NJ 2015/486*).

9. Terug nu naar de zin uit de algemene overweging dat de Hoge Raad geen algemene regels kan geven over de toepassing van artikel 342 lid 2 Sv, maar daaromtrent slechts tot op zekere hoogte duidelijkheid verschaffen door het beslissen van concrete gevallen. De rechtspraak omtrent artikel 342 lid 2 Sv zou kunnen worden geduid als casuïstische rechtspraak waarin aan de hand van een betrekkelijk vage norm – voldoende steun – de bewijsbeslissing (in enigerlei mate) wordt genormeerd, maar tegelijkertijd veel ruimte wordt gelaten om de omstandigheden van het concrete geval te verdisconteren. Dat past ook bij de eerder besproken notie dat de condities waaronder het gebruik van een getuigenverklaring verantwoord kan worden geacht, zich niet een helder beslissingsschema laten vatten.

Zo bezien vertoont de rechtspraak van de Hoge Raad omtrent de bewijsminimumregel in hoge mate overeenkomst met de casuïstische rechtspraak op het terrein van het materiële strafrecht, zoals die door Van Willigenburg is beschreven (*DD 2011/27*). Kenmerkend aan deze rechtspraak is dat bij de toepassing van leerstukken tal van omstandigheden in acht worden genomen, waarbij die omstandigheden als geheel bepalend zijn voor de uitkomst en waarbij het niet, althans niet goed, mogelijk is om het gewicht van elke omstandigheid voor zich te bepalen. Dat getuigt van een holistische benadering. Van Willigenburg geeft aan dat de Hoge Raad daarbij op twee manieren duidelijkheid kan verschaffen over de ten aanzien van een leerstuk geldende regels en criteria. Allereerst kan de Hoge Raad dat doen door expliciet aan te geven welke door de feitenrechter vastgestelde feiten en omstandigheden toereikend zijn voor de toepassing van een bepaald leerstuk of het bereiken van een bepaald resultaat. Daarmee wordt dan aangegeven dat wanneer die feiten en omstandigheden zich opnieuw voordoen, in principe – dat wil zeggen: behoudens relevante bijkomende feiten en omstandigheden – dezelfde uitkomst heeft te gelden. Voorts kan de Hoge Raad aangeven dat bepaalde feiten en omstandigheden *niet* toereikend (of irrelevant) zijn om een bepaald resultaat te bereiken. Ook daarmee wordt tot op zekere hoogte duidelijkheid geschapen voor toekomstige gevallen.

Evenals in relatie tot de materieelrechtelijke rechtspraak geldt, is in relatie tot artikel 342 lid 2 Sv deze tweede wijze van duidelijkheid verschaffen beter te herkennen in de rechtspraak van de Hoge Raad dan de eerste. Zo is hiervoor aan de orde gekomen dat in de rechtspraak omtrent de bewijsminimumregel het gebruik van (vooral) negatieve vuistregels herkenbaar is. En ook al benoemt de Hoge Raad regelmatig wel omstandigheden waarmee de feitenrechter – al dan niet in het bijzonder – rekening heeft gehouden (zie bijvoorbeeld *NJ 2015/488*), er wordt niet structureel aangegeven welke door de feitenrechter vastgestelde feiten en omstandigheden toereikend zijn voor het aannemen van de voldoende steun. Op dat punt valt nog winst te boeken (zie nader Borgers, *DD 2012/82*, p. 890-893).

10. Daarmee komen we op het laatste onderdeel van de algemene overweging: ‘Opmerking verdient nog dat het bij de in cassatie aan te leggen toets of aan het bewijsminimum van art. 342, tweede lid, Sv is voldaan, van belang kan zijn of de feitenrechter zijn oordeel dat dat het geval is, nader heeft gemotiveerd’. Dat die nadere motivering van belang is, kan worden verklaard uit de notie van de bewijsminimumregel als instructienorm, waarbij aan de feitenrechter wordt opgedragen om de betrouwbaarheid en de bruikbaarheid van de belastende verklaring van de getuige in samenhang met ander bewijsmateriaal vast te stellen. Door nader te motiveren toont de feitenrechter zich bewust van de risico’s die zijn

verbonden aan het toekennen van een groot gewicht aan de verklaring van de getuige. Tevens stelt hij de Hoge Raad in staat om, zij het marginaal, de kwaliteit van de motivering te toetsen.

11. Kortom: wat de algemene overweging vooral lijkt te willen onderstrepen, is dat zich maar moeilijk laat omlijnen hoe de bewijsminimumregel precies moet worden toegepast. De rechtspraak met betrekking tot artikel 342 lid 2 Sv is dan ook casuïstisch van aard. Tot op zekere hoogte kunnen daarin wel vuistregels en gezichtspunten worden ontwaard, maar het formuleren van min of meer scherpe normen blijkt problematisch te zijn. Het is bij die stand van zaken weinig realistisch om te verwachten dat de Hoge Raad concrete normen gaat ontwikkelen omtrent de toepassing van de bewijsminimumregel (vgl. enigszins anders Dubelaar 2014, p. 405-406, die onderkent dat het 'bijna niet mogelijk' is om algemene regels te formuleren over de toepassing van artikel 342 lid 2 Sv, maar tegelijkertijd het gebrek aan normering bekritiseert). Wel is het zaak dat de feiten die relevant worden geacht voor het aannemen van de voldoende steun, zo helder mogelijk tot uitdrukking worden gebracht. Dat is niet alleen van belang omdat op die wijze in bescheiden mate houvast wordt geboden voor de beoordeling van toekomstige gevallen. Door aan te duiden welke feiten en omstandigheden relevant zijn voor het aannemen van voldoende steun, kunnen – en hier ligt vooral ook een taak voor de wetenschap – onderliggende redeneringen en – al dan niet intuïtieve – aannames worden blootgelegd en ter discussie gesteld. Dat kan weer leiden tot aanbevelingen voor de wijze waarop bewijsrechtelijke oordelen worden ingekleed (vgl. in dit verband de suggesties van Nan, *Proces* 2014, p. 208-210). Wanneer die discussie wordt gevoed door resultaten van empirisch onderzoek, zal dat de kwaliteit van (de onderbouwing van) bewijsrechtelijke oordelen versterken.